

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La liberté d'aller et venir en établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes

Lacour, Clémence

Publication date:
2009

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Lacour, C 2009, *La liberté d'aller et venir en établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes*. Fondation Médéric Alzheimer novembre 2009, Paris.

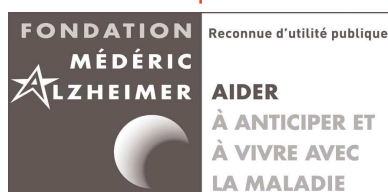
General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



Liberté d'aller et venir en établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes

Recherche commandée à

Clémence Lacour, docteur en droit privé

et coordonnée par

Federico Palermi, adjoint au responsable du Pôle Etudes et recherche
Fondation Médéric Alzheimer

INTRODUCTION

La loi n° 97-60 du 24 janvier 2007 relative à la prestation spécifique dépendance, complétée par les décrets du 26 avril 1999 et du 4 mai 2001¹ a organisé la prise en charge de l'ensemble des personnes âgées dépendantes dans le cadre de nouveaux établissements conventionnés : les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD). Dorénavant, les établissements médicalisés hébergeant des personnes âgées dépendantes doivent obéir à certaines conditions. Ils doivent être autorisés pour l'ensemble de leur capacité d'hébergement à dispenser des soins. Ils doivent signer une convention tripartite pluriannuelle avec le Conseil Général et la Direction Départementale de l'Action Sanitaire et Sociale. Ces conventions sont accompagnées de conditions visant à améliorer la prise en charge des personnes âgées dans les établissements.

Le terme EHPAD englobe les établissements sociaux et médico-sociaux visés à l'article L. 312-1, 6°, CASF qui accueillent des personnes âgées et les services de long séjour hospitaliers définis à l'article L. 6111-1, 2°, CSP.

Les EHPAD sont destinés à accueillir des personnes âgées en perte d'autonomie physique et/ou psychique. Les personnes âgées dépendantes se caractérisent par leur inaptitude à accomplir seules les actes de la vie courante² soit en raison de leur déficiences physiques soit en raison d'une altération de leurs facultés cognitives. Cette altération peut notamment avoir une cause vasculaire ou être liée à une maladie neuro-dégénérative, telle la maladie d'Alzheimer.

La prise en charge des personnes âgées aux facultés intellectuelles parfois profondément altérées demande une grande vigilance aux établissements qui redoutent notamment les sorties intempestives à l'insu du personnel au cours desquelles la vieille personne peut se perdre et / ou subir un dommage. Pour se prémunir contre ce risque et assurer la sécurité des personnes âgées démentes qu'ils hébergent, les établissements mettent en œuvre des mesures visant à limiter la libre circulation des résidents. La liberté d'aller et venir des personnes âgées hébergées est ainsi de plus en plus confisquée au nom de leur sécurité.

L'obligation de sécurité a fait son apparition de manière récente dans la législation contemporaine. Ce sont tout d'abord les produits et services, dans le domaine de la consommation, qui ont dû à partir de 1993 présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre³. La sécurité a ensuite été introduite dans le domaine social par la loi du 2 janvier 2002 qui la cite au nombre des droits et libertés garantis expressément à l'usager pris en charge par les établissements et services sociaux et médico-sociaux⁴. L'ensemble du secteur de la santé est invité de son côté à assurer la meilleure sécurité sanitaire possible à la personne malade⁵.

Ce développement de l'exigence de sécurité conduit les professionnels à craindre de plus en plus les actions en justice s'il devait arriver un dommage à la personne âgée dont ils s'occupent. S'il

¹ Décret n° 99-316 du 26 avril 1999 relatif aux modalités de tarification et de financement des établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes et décret n° 2001-388 du 4 mai 2001.

² Voir notamment M. SCHMITT, V. LEGER, « La notion de dépendance des personnes âgées en droit français », préc. ; 95^e Congrès des Notaires de France, *Demain la famille*, Marseille, mai 1999, n° 2117 et s. ; B. BEAUFILS, « La mesure de la dépendance et ses risques », *RFAS* 1993, p. 53.

³ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993.

⁴ Art. L. 311-3, 1°, CASF issu de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

⁵ Art. L. 1110-1 CSP issu de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

est démontré que le professionnel n'a pas pris les précautions suffisantes sa responsabilité peut en effet être retenue.

Le professionnel est tout d'abord susceptible d'engager sa responsabilité civile délictuelle⁶ pour défaut de surveillance. La responsabilité délictuelle suppose la réunion de trois conditions : un dommage, une faute et un lien de causalité entre les deux. La faute peut résulter d'une imprudence ou d'une négligence. En vertu de l'article 1383 CC « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence ».

Ex : Un moniteur-éducateur et une infirmière accompagnant un groupe d'adultes handicapés font halte près d'un lac. L'une des personnes prises en charge est atteinte de potomanie et se noie. Le tribunal a retenu la responsabilité civile délictuelle des accompagnants sur le fondement d'une faute de surveillance. Leur mission était d'accompagner et de surveiller une personne handicapée dont l'attrance pour l'eau était connue de tous (Trib. Corr. Carcassonne, 29 novembre 1995, jugement n° 686190).

Si une obligation de sécurité figure dans le contrat signé entre l'utilisateur et l'établissement, ce dernier peut engager sa responsabilité contractuelle⁷. La responsabilité contractuelle suppose les mêmes conditions que la responsabilité délictuelle, à la différence que la faute consiste en la violation d'une disposition contractuelle.

Ex : Un établissement qui accueille une personne atteinte de la maladie d'Alzheimer et qui est tenu d'une obligation de surveillance en vertu du contrat de séjour signé, voit sa responsabilité contractuelle engagée en raison de la faute qu'il a commise pour n'avoir pas pris les précautions suffisantes destinées à empêcher le pensionnaire, dont le comportement fuyeur lui avait été signalé au moment de son admission et qui s'était enfui à plusieurs reprises, de prendre la fuite (CA Toulouse, 26 juin 2007, JurisData n°2007-340518).

L'établissement est donc condamné à réparer le préjudice corporel subi par le pensionnaire qui, ayant erré pendant dix jours, s'est trouvé dans l'impossibilité de se nourrir et de se soigner, ainsi que son préjudice moral lié à la situation d'abandon, par le versement de 15000 euros à titre de dommages et intérêts. Il doit également réparer le préjudice moral subi par son épouse du fait des conditions dans lesquelles son mari est décédé, à hauteur de 17000 euros. Il doit en outre indemniser les filles du pensionnaire de leur préjudice moral en octroyant à chacune d'elles 10000 euros. Enfin, il devra rembourser les frais funéraires engagés pour couvrir le décès du pensionnaire, à hauteur de 479 euros.

Le professionnel peut enfin engager le cas échéant sa responsabilité pénale. Le fait de causer par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende⁸. Si la victime est simplement blessée et que son dommage équivaut à incapacité totale de travail supérieure à 3 mois, l'auteur encourt une peine de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende⁹.

L'incrimination de non-assistance à personne en danger peut être également retenue en cas notamment de défaut de signalement de la disparition d'un résident d'un établissement, enfant ou adulte. Cette infraction est punie de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende¹⁰.

Si l'établissement doit assurer un minimum de sécurité à la personne âgée hébergée, il n'est pas pour autant habilité à prendre des mesures restrictives de liberté à son égard. De telles mesures sont illégales en droit actuel. La liberté d'aller et venir est une liberté fondamentale et les

⁶ Art. 1382 et 1383 CC.

⁷ Art. 1147 CC.

⁸ Art. 221-6 CP.

⁹ Art. 222-19 CP.

¹⁰ Art. 226-3 CP.

restrictions qui y sont apportées doivent être légalement prévues. Or la loi française ne prévoit aucun dispositif juridique encadrant la prise en charge des personnes âgées aux facultés cognitives altérées par un établissement d'hébergement.

Face à ce vide juridique, qui n'en est pas un théoriquement puisque le principe de liberté prévaut, l'exemple de l'hospitalisation psychiatrique sans consentement est tentant. La loi encadre en effet l'hospitalisation des personnes atteintes de troubles mentaux en établissements psychiatriques et prévoit la possibilité d'une hospitalisation sous contrainte à certaines conditions¹¹.

La première tentation est d'utiliser les modalités de l'hospitalisation sans consentement pour résoudre le problème posé par la déambulation des personnes âgées démentes. Emprunter ce canal suppose toutefois que la personne âgée ait atteint un stade très avancé de démence susceptible de correspondre aux critères de l'hospitalisation à la demande d'un tiers. Ses troubles doivent rendre impossible son consentement et son état impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier¹². L'hospitalisation d'office est plus difficilement envisageable dans la mesure où la condition supplémentaire tenant à un danger pour la sécurité d'autrui ou à un risque d'atteinte à l'ordre public n'est pas vraiment caractérisable en présence d'une vieille personne, même atteinte d'une maladie d'Alzheimer ou apparentée¹³.

La seconde tentation est de créer dans le secteur médico-social une forme de placement sans consentement en établissement d'hébergement avec la possibilité de retenir la personne âgée au sein de l'institution. Une telle réforme aurait pour effet de valider certaines mesures restrictives ou privatives de liberté d'aller et venir appliquées actuellement en fait sur les personnes âgées dépendantes hébergées. Une loi portant atteinte à la liberté d'aller et venir doit cependant se conformer à des exigences de garantie très fortes. Dans le cas contraire, elle risque de ne pas être conforme aux traités internationaux garantissant cette liberté directement invocables devant les juridictions françaises.

Afin de saisir dans son épaisseur le problème de la liberté d'aller et venir en EHPAD, il convient en premier lieu d'analyser le cadre juridique entourant cette liberté (I), de rappeler ensuite les recommandations de la conférence de consensus sur ce sujet des 24 et 25 novembre 2004 (II), puis de récapituler et confronter les mesures restrictives et privatives de liberté actuelles au cadre juridique existant afin d'en déterminer les enjeux (III). Une dernière partie sera consacrée aux perspectives qu'ouvre l'introduction éventuelle d'une législation réglementant la liberté d'aller et venir en EHPAD (IV).

¹¹ Loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation.

¹² Art. L. 3212-1 CSP.

¹³ Art. L. 3213-1 CSP.

I – Analyse du cadre juridique

La liberté d'aller et venir a des sources internationales et constitutionnelles (A). Quelques dispositions, peu nombreuses, encadrent son exercice à l'occasion de l'entrée en institution et durant le séjour de la personne âgée (B). La violation de la liberté d'aller et venir peut engager la responsabilité de son auteur au plan civil et pénal (C).

A) Les fondements de la liberté d'aller et venir

La liberté d'aller et venir garantit le droit pour un individu d'aller d'un endroit à un autre. Cette liberté physique est inhérente à l'être humain qui doit pouvoir se déplacer quelle qu'en soit la raison. Elle est donc protégée en elle-même, mais elle est en outre indispensable à l'exercice d'autres libertés. Il s'agit d'une liberté fondamentale.

À l'analyse des fondements de la liberté d'aller et venir, un problème apparaît. Les restrictions à la liberté de mouvement d'une personne sont susceptibles d'affecter deux libertés fondamentales différentes. Les textes internationaux et le droit français font une distinction entre les mesures restrictives de liberté qui impliquent seulement la liberté d'aller et venir et les mesures privatives de liberté qui affectent quant à elles la liberté individuelle ou sûreté de la personne dès lors qu'elles entraînent une privation totale de la liberté de mouvement¹⁴.

Les valeurs défendues ne sont pas les mêmes, de même que la gravité de l'atteinte. Dans un cas, il s'agit de défendre la liberté fondamentale d'une personne de circuler. Dans l'autre, c'est la protection de sa sûreté personnelle contre les atteintes arbitraires de l'État qui est en cause. Le droit à la sûreté interdit en effet toute arrestation ou détention arbitraire. Il fait partie des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme »¹⁵, et son application la plus symbolique est l'abolition de la lettre de cachet.

1° Fondements de la liberté d'aller et venir au sens strict

La liberté d'aller et venir est un principe à valeur constitutionnelle¹⁶, rattachée au principe de liberté posé par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789¹⁷.

Elle est confirmée par des textes internationaux introduits plus récemment dans l'ordre juridique français.

- Protocole additionnel n°4, art. 2, de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) ouvert à la signature le 16 septembre 1963, selon lequel « 1. Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et de choisir librement sa résidence. (...) 3. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹⁴ L. Favoreau, P. Gaïa, R. Ghevoantian et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 4^e éd., 2007, n° 219-8 ; F. Fines, J.-Cl. adm., fasc. 204, « La liberté d'aller et venir ».

¹⁵ Art. 2 DDHC 1789.

¹⁶ Cons. const., déc. n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, Ponts à péage.

¹⁷ Cons. const., déc. n° 2005-532 DC, 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme.

- Pacte des Nations Unies du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, art.12, qui pose également un principe de libre circulation et de libre choix de la résidence, et qui envisage les restrictions à ces droits dans les mêmes termes que le § 3 de l'article 2 du Protocole n°4.

Ces textes ont un effet direct. Ils peuvent être directement invoqués par le plaideur devant les juridictions françaises et ils ont en outre une autorité supérieure à celle de la loi, en vertu de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958. Ceci implique pour le juge national l'obligation d'interpréter et d'appliquer le droit national à la lumière de leur contenu.

En cas de violation de la Conv. EDH, les ressortissants français peuvent en outre introduire un recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH). Ce recours direct n'est toutefois possible qu'après épuisement des voies de recours internes.

La liberté d'aller et venir est également reprise par d'autres traités internationaux, dépourvus d'effet direct, notamment à l'article 13 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) du 10 décembre 1948.

2° Fondements de la sûreté

Le droit à la sûreté est un droit constitutionnel¹⁸. Il est intégré dans la liberté individuelle défendue au titre de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 en vertu duquel « nul ne peut être arbitrairement détenu ». Cet article attribue une compétence exclusive à l'autorité judiciaire, en tant que gardienne des libertés individuelles, pour connaître des atteintes dont ce droit peut faire l'objet.

Le droit à la sûreté bénéficie également de sources internationales. Il est ainsi garanti par les articles 3 et 9 de la DUDH de 1948 et surtout par l'article 5 de la Conv. EDH en vertu duquel « 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ».

L'article 5 énonce une liste d'exceptions au principe de liberté qui revêt un caractère exhaustif et qui est d'interprétation stricte. Ainsi « Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi;
- c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci;
- d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente;
- e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond;**

¹⁸ Art. 2 et 9 DDHC de 1789.

f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

La suite de l'article est consacré aux exigences de régularité auxquelles doit nécessairement répondre toute mesure privative de liberté pour être conforme à l'article 5 § 1 de la Convention. Le § 2 pose un droit à l'information pour la personne arrêtée. Le § 3 prévoit que la personne arrêtée ou détenue doit être aussitôt traduite devant un juge. Le § 4 accorde enfin à cette personne le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

Si ces conditions de régularité de l'arrestation ou de la détention ne sont pas respectées, la personne concernée par la mesure privative de liberté a droit à réparation en vertu du dernier paragraphe de l'article 5 de la Convention.

3° Distinction entre les mesures restrictives de liberté qui impliquent la liberté d'aller et venir et les mesures privatives de liberté qui affectent la sûreté de la personne

L'implication de la sûreté de la personne dépend du degré de contrainte que fait peser sur la liberté d'aller et venir la mesure considérée. « Ce n'est qu'au franchissement d'un certain seuil de contrainte que la mesure qui affectait à l'origine la liberté d'aller et venir peut-être considérée comme mettant en cause également la liberté individuelle »¹⁹.

Les juges, au plan international et national, se réfèrent à différents critères pour délimiter le champ de la liberté d'aller et venir de celui de la sûreté.

La Cour EDH fait ainsi une distinction entre la privation de liberté qui relève de l'article 5 de la Conv. EDH et les simples entraves à la liberté de circuler qui entrent dans le champ de l'article 2 du protocole n°4 de cette même convention. Selon elle, il faut, pour déterminer le type d'atteinte à la liberté d'un individu, partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée²⁰.

La Cour EDH considère ainsi que **l'internement dans une institution psychiatrique d'une personne majeure contre son gré constitue une privation de liberté au sens de l'article 5 de la Conv. EDH**²¹.

En France, le Conseil constitutionnel a dégagé trois critères attachés à l'objet, à la durée et aux effets de la mesure. Il faut ainsi avant tout déterminer si la mesure prive partiellement ou totalement la personne de sa liberté de mouvement. Dès lors que la mesure permet de s'assurer physiquement de la personne, elle affecte son droit à la sûreté.

Ex : la détention de la personne que ce soit en application des dispositions pénales (garde à vue, détention provisoire, emprisonnement) ou **bien en raison d'une décision administrative liée à sa maladie mentale (hospitalisation à la demande d'un tiers ou d'office)**.

¹⁹ L. Favoreau, P. Gaïa, R. Ghevoantian et alii, *Droit des libertés fondamentales*, préc., n° 219-8.

²⁰ CEDH, 8 juin 1976, Engel et a. c/ Pays-Bas, série A n° 22, § 58-59.

²¹ CEDH, 16 juin 2005, Storck c/ Allemagne, RTDH 2006, p. 237, note I. Soumy.

B) Les restrictions à la liberté d'aller et venir en droit français en lien avec l'hébergement des personnes âgées dépendantes

1° Le règles entourant la liberté d'aller et venir des personnes âgées dépendantes hébergées

Plusieurs situations sont susceptibles d'affecter la liberté d'aller et venir de la personne âgée dépendante en établissement : l'entrée en établissement et la circulation dans et hors de l'établissement durant le séjour.

a) L'entrée dans l'établissement

La loi n° 2002-02 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale a fourni un cadre légal à l'entrée en établissement social et médico-social. Prenant note de la vulnérabilité de la population concernée et de sa situation d'infériorité, le législateur a souhaité lui restituer une marge de choix. Cette loi ne règle toutefois que la situation de la personne apte à exprimer son consentement, laissant de côté le problème du recueil du consentement des personnes âgées dénuées de volonté suffisantes.

1. La personne âgée apte à exprimer sa volonté

En vertu de l'article L. 311-3 du CASF, l'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Lui est ainsi assuré le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité²². Sous réserve des pouvoirs reconnus à l'autorité judiciaire et des nécessités liées à la protection (...) des majeurs protégés, l'usager a le libre choix des prestations qui lui sont offertes²³. Surtout, lors de sa prise en charge, son consentement éclairé doit systématiquement être recherché dès lors qu'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision²⁴.

La loi a assorti les droits reconnus à l'usager d'un ensemble d'instruments destinés à en garantir l'exercice, et notamment à prévenir tout risque de maltraitance, lors de l'accueil de la personne dans un établissement ou dans un service social ou médico-social²⁵. Il est remis au nouveau venu un livret d'accueil auquel sont annexés la Charte des droits et libertés de la personne accueillie²⁶ et le règlement de fonctionnement de l'établissement. Un contrat de séjour doit être conclu, ou un document individuel de prise en charge doit être élaboré, avec la participation de la personne accueillie ou de son représentant légal. Enfin, « toute personne prise en charge par un établissement ou un service social ou médico-social ou son représentant peut faire appel, en vue de l'aider à faire valoir ses droits, à une personne qualifiée qu'elle choisit sur une liste établie conjointement par le représentant de l'État dans le département et le président du conseil général après avis de la commission départementale consultative »²⁷.

²² Art. L. 311-3, 1°, CASF.

²³ Art. L. 311-3, 2°, CASF.

²⁴ Art. L. 311-3, 3°, CASF.

²⁵ Art. L. 311-4 CASF.

²⁶ Arrêté du 8 septembre 2003, JO 9 octobre 2003, p. 17250.

²⁷ Art. L. 311-5 CASF.

Au regard de la loi du 2 janvier 2002, des traités internationaux et de la Constitution française, l'entrée en établissement d'hébergement relève en principe de la seule décision de la personne âgée concernée. La liberté de choix de la résidence est en outre protégée spécifiquement par l'article 2 du protocole n°4 de la Conv. EDH et par l'article 12 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques directement invocables devant les juridictions françaises.

Ces mêmes règles garantissent la liberté de la personne âgée de quitter définitivement l'établissement.

Ce principe est toutefois conditionné par l'aptitude de fait de la personne à exprimer sa volonté et à participer à la décision.

2. La personne âgée dénuée de volonté suffisante

Lorsque l'usager n'est pas apte à exprimer un consentement éclairé, la loi du 2 janvier 2002 renvoie aux règles de la protection juridique des majeurs. À défaut d'aptitude de fait de la personne prise en charge par un établissement médico-social d'exprimer sa volonté et de participer à la décision, le consentement de son représentant légal est recherché²⁸.

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs légalise la protection de la personne du majeur protégé. Elle pose expressément le principe d'autonomie du majeur pour toutes les questions touchant sa personne, tout en organisant son assistance ou sa représentation en cas de volonté défaillante²⁹.

La personne protégée décide ainsi seule de son lieu de résidence dans la mesure où son état le permet. Ce principe est directement affirmé à l'article 459-2, al. 1^{er}, CC qui ajoute qu'en cas de difficulté, le juge des tutelles ou le conseil de famille, s'il a été constitué, statue.

Si elle ne peut prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge des tutelles ou le conseil de famille peut décider qu'elle sera assistée par son curateur ou par son tuteur. Il s'agit d'une aide à la décision et le consentement de la personne chargée de la protection doit être joint à celui du majeur pour que l'acte soit valable. Si cette assistance n'est pas suffisante, le tuteur peut être autorisé à représenter le majeur, c'est-à-dire à décider à sa place. La représentation en matière personnelle n'est possible que si une tutelle est ouverte.

L'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il est constitué, est en outre nécessaire chaque fois que la personne chargée de la protection prend une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité ou à l'intimité de la vie privée du majeur protégé. Dans la jurisprudence antérieure, l'entrée dans un établissement d'hébergement ou la sortie étaient considérées comme des décisions graves qui impliquaient la santé du majeur et qui devaient revenir au juge des tutelles³⁰.

La situation d'urgence, caractérisée par le danger encouru le majeur du fait de son comportement, autorise son protecteur légal à prendre les mesures de protection strictement nécessaires. Il doit sans délai en informer le juge des tutelles ou le conseil de famille s'il y a lieu³¹. L'entrée dans un établissement sanitaire ou social ou médico-social fait éventuellement partie des décisions que le protecteur légal peut être amené à prendre. Cette possibilité devrait concerner

²⁸ Art. L. 311-3, 3°, CASF.

²⁹ Art. 459 CC.

³⁰ CA Paris, 15 mars 1996, *JCP* 1996, II, 22733, note T. FOSSIER ; *RDSS* 1997, p. 638, n° 8, note F. MONEGER ; *Gaz. Pal.*, 16-18 février 1997, p. 26, note H. VRAY.

³¹ Art. 459, al. 3, CC.

exclusivement la tutelle, sans quoi le principe selon lequel le curateur assiste seulement la personne protégée serait vidé de sa substance.

Si les règles de la protection juridique du majeur ne peuvent prendre le relais faute de placement de l'intéressé sous un régime de protection, l'entrée en institution se fait en revanche sans contrôle légal particulier. **La liberté d'aller et venir est applicable, rendant en principe illégal tout placement non consenti par la personne âgée.**

b) Le séjour dans l'établissement

La liberté d'aller et venir en établissement n'est pas directement affirmée dans l'énumération des droits et libertés individuels garantis à l'usager³². Seule la charte des droits et libertés de la personne accueillie qui n'a pas de valeur juridique la mentionne expressément. Son article 8 consacré au droit à l'autonomie précise que « dans les limites définies dans le cadre de la réalisation de sa prise en charge ou de son accompagnement et sous réserve des décisions de justice, des obligations contractuelles ou liées à la prestation dont elle bénéficie et des mesures de tutelle ou de curatelle renforcée, **il est garanti à la personne la possibilité de circuler librement.** À cet égard, les relations avec la société, les visites dans l'institution, à l'extérieur de celle-ci, sont favorisées ».

La jurisprudence tient compte de la liberté d'aller et venir des personnes âgées hébergées lorsqu'elle examine la responsabilité contractuelle de l'établissement d'hébergement au cas de départ inopiné. Elle ne retient à la charge de l'établissement qu'une obligation de sécurité de moyen. La liberté de circuler reconnue aux personnes hébergées s'oppose en effet à toute obligation de résultat en ce domaine.

Ex : M. Gaston X atteint de la maladie d'Alzheimer disparaît de son établissement. Il est retrouvé mort au terme d'une errance de 10 jours, faute de soins et de nourriture. Ses filles agissent contre l'établissement sur le fondement de la responsabilité contractuelle (art. 1147 CC). Le contrat de séjour au sein de la maison de retraite met une obligation de surveillance à la charge de l'établissement d'accueil. Toutefois, la surveillance médicale ou paramédicale accrue n'ayant pas contractuellement été prévue, l'établissement n'était pas tenu de respecter une obligation de sécurité de résultat. D'autre part, si l'établissement était tenu d'une obligation de surveillance du pensionnaire qui lui avait été signalé comme désorienté, confus et comme ayant déjà fait plusieurs tentatives de fugue au moment de son placement dans le centre, cette obligation ne peut être qualifiée comme étant de résultat en raison du fait que les pensionnaires étaient libres d'aller et de venir à l'intérieur des locaux, cette liberté rendant le résultat, en l'espèce leur sécurité, incertain. Enfin, l'obligation d'assurer le respect de la sécurité de ses pensionnaires, imposée par l'article L. 311-3 du Code de l'action sociale et des familles à l'établissement d'accueil, n'implique pas l'existence d'une obligation de sécurité de résultat (CA Toulouse, 26 juin 2007, JurisData n°2007-340518).

Ex : Une personne âgée dépendante quitte l'établissement dans lequel elle était placée à l'insu du personnel. Ses enfants agissent en responsabilité sur le fondement de l'article 1147 CC pour manquement à l'obligation de sécurité contractuellement due par le centre. Or la famille a placé la personne âgée dépendante en connaissance de cause dans un établissement ouvert qui vise à héberger ses résidents dans le respect de leur citoyenneté et de leur dignité. C'est dans ce contexte que la personne âgée qui n'était ni droguée, ni attachée, ni enfermée, a pu s'échapper du centre. Par ailleurs, l'établissement surveillait étroitement l'intéressé qui avait fait une fugue quelques heures auparavant et lui avait posé un bracelet qui devait déclencher la sonnerie de la porte. Cette précaution a été déjouée par le fugueur qui a su arracher le

³² Art. L. 311-3, 2°, CASF.

bracelet de son bras. Il est suffisamment démontré que les précautions raisonnables avaient été prises et que les obligations de sécurité avaient été assurées (TGI Grenoble, 16 janvier 1997, JurisData n° 1997, 970021).

Ces deux jurisprudences illustrent bien la difficulté posée par l'hébergement de personnes âgées aux facultés mentales altérées et ayant tendance à déambuler dans et hors de l'établissement. Les établissements, tiraillés entre l'obligation de sécurité qu'ils doivent aux résidents et la nécessité de respecter leur liberté d'aller et venir, sont amenés à prendre à l'encontre des usagers des mesures coercitives afin de garantir leur sécurité³³.

C'est dans ce contexte que s'inscrit un projet de réforme des services de la chancellerie et du ministère des affaires sociales visant à confier au directeur de l'établissement le pouvoir d'ordonner de telles mesures afin de donner à ces dernières une assise juridique³⁴.

La nature et l'étendue des mesures restrictives de la liberté d'aller et venir des personnes âgées hébergées ne sont pas encore déterminées, pas plus que leur caractère individuel ou collectif. L'idée est de doter le directeur d'un EHPAD du pouvoir d'ordonner des mesures coercitives au vu de deux certificats médicaux, dont un émane du médecin coordinateur de l'établissement, et après éventuellement consultation de l'équipe de l'établissement. L'intéressé, son protecteur légal s'il est juridiquement protégé, la personne de confiance, sa famille ou à défaut un proche sont également consultés.

La mesure ainsi décidée devra être adaptée à la situation de la personne concernée et proportionnée à la gravité des troubles dont elle est atteintes et conforme aux recommandations de bonnes pratiques professionnelles validées par l'ANAES ou la HAS.

Enfin, la mesure aura une durée limitée dans le temps pour permettre une réévaluation périodique. Elle est ainsi prise pour une durée de 6 mois, à l'issue de laquelle elle peut être renouvelée pour un an. Elle est ensuite renouvelable chaque année.

En cas de contestation, la personne concernée, son protecteur légal, le cas échéant, ou bien un membre de son entourage pourra saisir le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance du lieu de l'établissement d'un recours en référé afin qu'il statue sur le caractère nécessaire et proportionné de la mesure au regard de la gravité des troubles cognitifs dont est atteinte la personne.

2° La comparaison avec le statut du malade hospitalisé³⁵

La personne malade jouit des droits et libertés de tout citoyen, y compris la liberté d'aller et venir. La personne hospitalisée peut ainsi quitter à tout moment l'établissement à charge, lorsque la sortie est jugée médicalement prématurée, de signer une attestation³⁶. En cas de refus du malade de signer cette attestation, un procès-verbal de refus est dressé.

Durant le séjour, la conception de la liberté de circuler du malade est assez restrictive, compte tenu des contraintes du traitement. Les hospitalisés peuvent bénéficier, à titre exceptionnel,

³³ *infra* III – Enjeux et pratiques actuelles, p. 24.

³⁴ Libération, 4 septembre 2009, p. 26.

³⁵ J. Saison-Demais, Droits des personnes malades et autre usagers du système de santé, J.-Cl. adm., Fasc. 229-50 ; C. Radé, Liberté et médecine, J.-Cl. Libertés, Fasc. 580.

³⁶ Art. R. 1112-62 CSP.

de permissions de sortie d'une durée maxima de quarante-huit heures³⁷. Le malade demeure libre de quitter l'établissement, mais son refus de se conformer aux restrictions de sa liberté de mouvement risque de se solder par une exclusion de l'établissement de soins.

3° La comparaison avec le statut du malade hospitalisé dans un établissement psychiatrique

La liberté d'aller et venir est plus réduite lorsque la personne est hospitalisée en secteur psychiatrique.

Une personne ne peut sans son consentement être hospitalisée ou maintenue en hospitalisation dans un établissement accueillant des malades atteints de troubles mentaux, hors les cas prévus par la loi³⁸. Le principe de l'hospitalisation libre prévaut depuis la loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation. Les malades du secteur psychiatrique jouissent en effet des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que les patients ordinaires³⁹.

Par exception, la loi prévoit la possibilité d'hospitaliser la personne atteinte d'un trouble mental sans son consentement. Il existe deux modes d'hospitalisation sans consentement : l'hospitalisation sur demande d'un tiers et l'hospitalisation d'office. Ils répondent à des conditions très minutieuses d'admission, de maintien et de sortie du malade.

a) Hospitalisation à la demande d'un tiers

1. Admission du malade

Une personne ne peut être hospitalisée à la demande d'un tiers que si **ces troubles rendent impossibles son consentement** et si **son état impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier**⁴⁰.

La demande d'admission est présentée par un membre de la famille du malade ou une personne susceptible d'agir dans son intérêt, à l'exclusion du personnel soignant exerçant dans l'établissement d'accueil. Elle est accompagnée de deux certificats médicaux datant de moins de 15 jours attestant que les conditions d'hospitalisation sont réunies. Sauf urgence, l'un des deux certificats doit émaner d'un médecin extérieur à l'établissement d'accueil.

Le malade est à nouveau examiné dans les 24 heures suivant son admission par un psychiatre de l'établissement et un troisième certificat médical est établi⁴¹.

Le directeur de l'établissement adresse les trois certificats médicaux au préfet (de police à Paris et représentant de l'État dans le département) et à la commission départementale des hospitalisations psychiatriques chargée d'examiner la situation des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux au regard du respect des libertés individuelles et de la dignité de la personne⁴².

Le préfet notifie l'hospitalisation au procureur de la république du TGI dans le ressort duquel se trouve le domicile du malade et du TGI dans le ressort duquel se trouve l'établissement.

³⁷ Art. R. 1112-56 CSP.

³⁸ Art. L. 3211-1 CSP.

³⁹ Art. 3211-2 CSP.

⁴⁰ Art. L. 3212-1, 1° et 2°, CSP.

⁴¹ Art. L. 3212-4 CSP.

⁴² Art. L. 3222-5 CSP.

2. Maintien de l'hospitalisation

Pour protéger la liberté individuelle, afin que l'internement ne dure pas abusivement, la nécessité de l'hospitalisation du malade est vérifiée régulièrement. Un examen médical a lieu dans les 15 jours de l'admission et l'hospitalisation est renouvelée pour un mois maximum au vu d'un certificat médical. Au-delà de cette durée, l'hospitalisation peut-être maintenue pour des périodes maximales d'un mois, renouvelable dans les mêmes conditions⁴³.

Les certificats médicaux ainsi rédigés sont systématiquement adressés au préfet, aux procureurs de la République et à la commission départementale des hospitalisations psychiatriques.

3. Fin de l'hospitalisation

L'hospitalisation à la demande d'un tiers prend fin :

- par défaut de certificat médical, si les modalités de maintien du malade dans l'établissement ne sont pas respectées⁴⁴.

- sur avis médical, si le psychiatre de l'établissement estime que les conditions d'hospitalisation sous contrainte ne sont plus réunies⁴⁵.

- sur ordre du préfet, qui peut en ordonner la levée immédiate lorsque les conditions d'hospitalisation ne sont plus réunies⁴⁶.

- à la demande d'un tiers cité à l'article L. 3212-9 CSP. Le médecin de l'établissement qui constate que le malade nécessite des soins en raison de troubles mentaux qui compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte de façon grave à l'ordre public peut avertir le préfet qui peut ordonner un sursis provisoire, suivi éventuellement d'une hospitalisation d'office. En l'absence d'hospitalisation d'office, le sursis cesse de plein droit au bout de 15 jours et le malade sort⁴⁷.

b) Hospitalisation d'office (art. L. 3213-1 et s. CSP)

1. Admission du malade

L'hospitalisation d'office peut être ordonnée :

- par le préfet qui la prononce par arrêté au vu d'un certificat médical circonstancié lorsqu'une personne présente des **troubles mentaux qui nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public**⁴⁸.

Le certificat médical doit émaner d'un psychiatre extérieur à l'établissement d'accueil.

Un nouveau certificat médical est établi dans les 24 heures par un psychiatre de l'établissement et est transmis au préfet et à la commission départementale des hospitalisations psychiatriques.

- par le maire ou, à Paris, les commissaires de police **en cas de danger imminent pour la sûreté des personnes attesté par un avis médical ou, à défaut, par la notoriété publique**. Le

⁴³ Art. L. 3212-7 CSP.

⁴⁴ At. L. 3212-7, al. 5, CSP.

⁴⁵ Art. L. 3212-8, al. 1^{er}, CSP.

⁴⁶ Art. L. 3212-8, al. 3, CSP.

⁴⁷ Art. L. 3212-9 in fine CSP.

⁴⁸ Art. L. 3213-3 CSP.

préfet est averti dans les 24 heures. Il doit statuer sans délai et prononcer une hospitalisation d'office, faute de quoi la mesure provisoire d'hospitalisation prend fin au bout de 48 heures⁴⁹.

- par la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement⁵⁰, depuis la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale.

2. Maintien de l'hospitalisation d'office

L'état de santé du malade est suivi régulièrement. Dans les 15 jours, puis un mois après l'admission et ensuite au moins tous les mois, le malade est examiné par un psychiatre de l'établissement. Le certificat médical établi à cette occasion est transmis au préfet et à la commission départementale des hospitalisations psychiatriques⁵¹.

Le maintien de l'hospitalisation d'office doit être prononcé par le préfet dans les trois jours précédant l'expiration du premier mois d'hospitalisation, après avis motivé d'un psychiatre. L'hospitalisation d'office peut être ainsi prolongée de trois mois. Au bout de cette période, le préfet peut maintenir l'hospitalisation pour des périodes de six mois maximum renouvelables dans les mêmes conditions⁵².

3. Fin de l'hospitalisation d'office

La mainlevée de l'hospitalisation d'office est acquise :

- faute de décision de son maintien par le préfet⁵³.
 - sur décision du préfet, qui peut mettre fin à tout moment à l'hospitalisation, après avis d'un psychiatre ou sur proposition de la commission départementale des hospitalisations psychiatriques⁵⁴.
- Si un psychiatre de l'établissement estime que la sortie du malade peut être ordonnée, le directeur de l'établissement averti le préfet dans les 24 heures qui statue sans délai⁵⁵.

La personne hospitalisée sans son consentement ou retenue dans un établissement qui accueille des malades soignés pour leurs troubles mentaux peut se pourvoir par simple requête devant le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance du lieu de situation de l'établissement qui statue en la forme des référés⁵⁶. La même faculté est reconnue à son tuteur si elle est mineure, son tuteur ou curateur si elle est un majeur protégé, son conjoint, son concubin, un parent ou une personne susceptible d'agir dans l'intérêt du malade.

La personne qui a demandé l'hospitalisation ou le procureur de la République peuvent faire de même.

Enfin, le président du tribunal de grande instance peut également se saisir d'office et ordonner la mainlevée de l'hospitalisation sans consentement.

⁴⁹ Art. L. 3213-2 CSP.

⁵⁰ Art 706-135, 706-133, 706-130 CPP.

⁵¹ Art. L. 3213-3 CSP.

⁵² Art. L. 3213-4 CSP.

⁵³ Art. L. 3213-4, al. 2, CSP.

⁵⁴ Art. L. 3213-4, al. 3, CSP.

⁵⁵ Art. L. 3213-5 CSP.

⁵⁶ Art. L. 3211-12 CSP.

La privation de liberté d'aller et venir qui résulte de l'hospitalisation sans consentement connaît des atténuations durant le séjour du malade dans l'établissement. Les malades peuvent ainsi bénéficier de sorties d'essai⁵⁷. La sortie comporte une surveillance médicale. Elle dure 3 mois maximum et est renouvelable.

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades a en outre ajouté la possibilité d'autorisations de sorties de courte durée n'excédant pas 12 heures, pour motif thérapeutique ou si des démarches extérieures s'avèrent nécessaires pour le malade⁵⁸. La personne malade est accompagnée d'un ou plusieurs membres du personnel durant la sortie.

C) La sanction des atteintes à la liberté d'aller et venir

Sauf exception prévue par la loi, la liberté d'aller et venir est le principe. Le fait de placer une personne âgée contre son gré dans un établissement d'hébergement et/ou de l'y maintenir de force constitue une faute civile et est susceptible d'une qualification pénale.

1° Responsabilité civile

En vertu de l'article 1382 du Code civil, « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». En jurisprudence, le fait de limiter ou de supprimer la liberté de mouvement d'un individu constitue une faute civile qui ouvre droit à réparation, sous forme de dommages et intérêts, pour la victime.

Ex : Le salarié qui séquestre son employeur commet une faute lourde (Cass. Soc., 16 janvier 1991, Gaz. Pal. 1991, II, Pan. p. 194).

De même celui qui s'estime injustement interné dans un établissement psychiatrique peut se placer sur ce terrain pour obtenir réparation⁵⁹.

Ex : Le personnel médical avisé de l'impossibilité de procéder à un placement volontaire ou d'office doit immédiatement relâcher la personne qui manifeste clairement son refus de tout traitement et de tout maintien à l'hôpital. « Il n'existe aucune obligation de soin justifiant une privation de liberté, et ce même de quelques heures, d'une personne refusant son hospitalisation en service libre. (...) La rétention arbitraire de Mme X pendant la journée du 24 juin 1983 au CHS de Belair constitue une atteinte manifestement illégale à sa liberté et à sa vie privée lui ayant causé un préjudice certain dont l'hôpital doit réparation » (CA Reims, 14 mai 1990, arrêt 337, Dossier 2341/88, Mme X c/ M. le Médecin Chef de l'hôpital Psychiatrique).

2° Responsabilité pénale

Au plan pénal, la faculté de se mouvoir physiquement intéresse plusieurs facettes de la personne : sa liberté et son intégrité physique et morale. Restreindre la liberté de circuler d'une personne, l'enfermer ou la soumettre à une forme de contention physique relèvent ainsi de plusieurs qualifications différentes.

⁵⁷ Art. L. 3211-11 CSP.

⁵⁸ Art. L. 3211-11-1 CSP.

⁵⁹ Sur ce point, V. J.-P. Doucet, *Le droit criminel, La protection de la personne humaine*, Éd. Gazette du Palais, 3^e éd., 1999, III-204 et s.

a) Les violences

Le fait d'entraver, même légèrement, les mouvements du corps ou la liberté d'aller et venir constitue des violences légères. Il s'agit de violences volontaires n'ayant entraîné aucune incapacité totale de travail et punies d'une contravention de la 4^e classe.⁶⁰

Ex : retenir une personne dans une pièce (Crim., 6 février 2002, D. 2002, p. 1510, note D. Meyer).

La contention de personnes âgées, parfois associée à de l'enfermement, est réprimée par les tribunaux au titre des violences volontaires lorsqu'elle est réalisée sans prescription médicale et de manière systématique.

Ex : Les responsables d'un EHPAD soumettaient le tiers des résidents à des mesures de contention systématiques de 18h30 au lendemain matin, associée à la fermeture à clefs des dortoirs et à l'impossibilité d'aller aux toilettes. Selon la Cour de cassation, si la contention peut se justifier à titre individuel et temporaire, « la réalisation systématique d'une contention sur plus d'une douzaine d'heures est le constat même d'une incompétence et d'un manque tragique d'encadrement des malades en perte d'autonomie psychique ; (...) de telles mesures n'avaient pour but que d'assurer la tranquillité de la direction et du personnel de nuit en quantité insuffisante, et était de nature à aggraver la perte d'autonomie des patients concernés ». Un telle contention imposée sans nécessité thérapeutique ou de sécurité est constitutive de violences volontaires n'ayant pas entraîné une incapacité totale de travail supérieure à 8 jours, commises sur des personnes hors d'état de se protéger elles-mêmes en raison de leur état physique et mental visées à l'article 222-13 CP (Crim., 6 août 1997, Pourvoi n° 95-84.852).

Les violences volontaires sur personne particulièrement vulnérable n'ayant pas entraîné d'incapacité totale de travail supérieure à 8 jours sont punies au maximum de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Dans cette affaire, les auteurs ont été condamnés à 6 mois de prison avec sursis et à l'interdiction pendant 10 ans d'exploiter ou de diriger tout établissement soumis au Titre V du CASF.

Ex : Se rend coupable de violences habituelles sur des personnes particulièrement vulnérables (art. 222-14 CP) la prévenue, gérante d'une maison de retraite, qui commet des violences physiques, qui menace verbalement et qui prive de soins ses pensionnaires âgés, dépendants et souffrant pour certains de la maladie d'Alzheimer. En particulier, les pensionnaires étaient entravés ou attachés par des liens de contention sans prescription médicale, voyaient leur consommation d'eau limitée en raison de leur incontinence et recevaient des douches froides sans justification (CA Poitiers, 4 décembre 1997, JurisData n° 1997-0557729).

La sanction des violences habituelles sur personne vulnérable varie selon l'importance du dommage qu'elles ont entraîné.

- 30 ans de réclusion criminelle en cas de mort de la victime.
- 20 ans de réclusion criminelle si elles ont entraîné une mutilation ou une infirmité permanente.
- 10 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende en cas d'incapacité totale de travail supérieure à 8 jours.
- 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende si l'incapacité totale de travail de la victime ne dépasse pas 8 jours.

La gérante de la maison de retraite a ici été condamnée à 2 ans d'emprisonnement, dont 18 mois avec sursis, l'interdiction définitive de gérer un établissement recevant des personnes âgées, l'interdiction des droits civiques, civils et famille pendant 5 ans.

⁶⁰ Art. R. 624-1 CP.

b) L'arrestation, l'enlèvement, la détention et la séquestration arbitraire

« Le fait, sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi, d'arrêter, d'enlever, de détenir ou de séquestrer une personne, est puni de 20 ans de réclusion criminelle »⁶¹.

L'arrestation est un comportement instantané qui consiste à appréhender matériellement un individu de telle sorte qu'il soit privé de sa liberté d'aller et venir. La détention ou séquestration d'une personne sont au contraire continues et impliquent une privation de liberté d'une certaine durée. Ces deux comportements sont punissables indépendamment l'un de l'autre.

Tout individu qui retient indûment une personne âgée dans un établissement d'hébergement et a conscience de la priver sans droit de sa liberté commet en principe une séquestration arbitraire.

Ex : L'incrimination de séquestration arbitraire a été retenue dans le cas de détention d'un femme dans un service hospitalier de vénérologie, au mépris de la réglementation établie en matière de prophylaxie des maladies vénériennes (Crim., 12 mars 1959, Bull. crim., n° 175 ; D. 1959, somm. p. 55).

Les cas dans lesquels des malades mentaux ont été hospitalisés à tort ou retenus indûment relèvent également de cette incrimination⁶².

⁶¹ Art. 224-1 CP.

⁶² M.-L. Rassat, J.-Cl. pén., art. 224-1 à 224-5-2, Fasc. 20, Enlèvement, arrestation, détention et séquestration arbitraire, n° 20 ; Crim., 6 septembre 1990, Pourvoi n° 89-84.105 ; CA Paris, 6 avril 1987, JurisData n° 1987-021446.

II – Rappel des recommandations de la conférence de consensus sur la liberté d’aller et venir en établissements sanitaires et médico-sociaux, et obligation de soins et de sécurité

Une conférence de consensus s’est tenue à Paris les 24 et 25 novembre 2004 sur le thème de la liberté d’aller et venir en établissements, sous l’égide de la Fédération hospitalière de France et de l’Agence nationale d’accréditation et d’évaluation en santé (Anaes). Des recommandations ont été élaborées en réponse à cinq questions posées.

Question 1. Quelles sont les raisons invoquées pour justifier des restrictions au principe fondamental d’aller et venir ? Lesquelles peut-on retenir ?

Diverses raisons sont à la source de restriction de la liberté d’aller et venir des personnes hébergées. Certaines ne devraient pas affecter cette liberté, telles les raisons tenant à la répartition territoriale des établissements ou encore les raisons d’ordre architecturales et liées à l’urbanisme, ou enfin les raisons financières.

D’autres raisons peuvent justifier au contraire une restriction à la liberté d’aller et venir sous certaines conditions. Les limitations de la liberté d’aller et venir pour des raisons sécurité, c’est-à-dire protection de la personne contre elle-même ou protection des tiers, sont acceptables si elles sont justifiées, précisées et connues. De même, les raisons médicales à conditions d’être expliquées à la personne concernée et acceptées par elle peuvent également justifier des limitations à la liberté d’aller et venir. Le consentement doit toujours être recherché et la communication privilégiée, y compris auprès des personnes privées de discernement suffisant.

Enfin les raisons tenant à l’organisation interne de l’établissement sont acceptables dans le secteur sanitaire compte tenu des contraintes de soins. Dans les établissements médico-sociaux, le projet de vie doit rester la préoccupation centrale.

Question 2. Comment sont appréciées les raisons justifiant les restrictions à la liberté d’aller et venir selon le lieu, le moment et la situation de la personne ?

De manière générale, les restrictions à la liberté d’aller et venir doivent se justifier par les nécessités de la prise en charge médicale ou paramédicale de la personne. Lorsqu’elles reposent sur la volonté de prévenir un risque de dommage pour la personne, il faut rechercher en priorité des réponses concrètes pour chaque individu permettant de préserver sa liberté d’aller et venir. La personne participe ainsi que son entourage au partage du risque.

Dans tous les cas, la restriction à la liberté d’aller et venir doit être expliquée et le consentement ou la participation de la personne à la décision doit être recherché par tout moyen le plus en amont possible.

L’évaluation des capacités, des besoins et des souhaits de la personne, quels que soient son âge et son état de santé, est nécessaire avant toute décision d’action. Cette évaluation est nécessaire lors de l’entrée en institution et la situation de la personne doit être réévaluée régulièrement. L’environnement dans lequel elle vit doit entrer en ligne de compte. De cette manière, une personne atteinte de la maladie d’Alzheimer ne doit pas se voir systématiquement interdire de sortir seul, sauf environnement particulièrement défavorable. Dans cette dernière hypothèse, une balance entre les risques encourus du fait de la liberté de circuler et les risques d’aggravation de l’état de santé liés au

confinement de la personne doit être réalisée.

S'agissant plus précisément de l'admission dans un établissement, une personne peut toujours refuser les soins qu'on lui propose et quitter un établissement de santé. Une hospitalisation courte et de préférence en ambulatoire doit être favorisée. Si la personne est orientée vers un séjour de longue durée, une phase d'adaptation est préconisée (séjour à l'essai, accueil de jour). Pour les personnes inaptes à consentir en raison de leur trouble ou de leur handicap mental, chaque établissement doit être à même d'explicitier les procédures suivies pour réaliser une admission sans le consentement de l'intéressé.

Les restrictions apportées à l'exercice de la liberté d'aller et venir durant le séjour au motif des règles de la vie collective ne doivent pas priver la personne de la possibilité de développer des activités individuelles, et notamment celles qui maintiennent ses liens avec la vie sociale.

Les établissements doivent favoriser la vie sociale des personnes hébergées par leur ouverture sur un environnement de proximité et en facilitant les sorties individuelles qui ne doivent notamment pas être subordonnées à une autorisation médicale, sauf contre-indication.

Question 3. Quelles doivent être les conditions d'application des raisons invoquées pour justifier des restrictions au principe fondamental d'aller et venir ?

I. Conditions de préservation de la liberté d'aller et venir

La réponse à la déambulation et au risque de sortie inopinée doit être de préférence :

- humaine (maintenir le contact à tout prix avec la personne, accompagner son déplacement, trouver un sens à son déplacement).
- organisationnelle (présence humaine à la porte de l'établissement susceptible de réagir rapidement et de manière adaptée).
- et architecturale (recherche de la meilleure réponse en matière de qualité des espaces et de qualité de travail et d'accueil : maîtrise des déplacements des personnes âgées désorientées, des visiteurs, des personnes accueillies et des professionnels ; limitation des accès à des zones contrôlées), ce qui suppose un encadrement et une formation suffisante des professionnels au contact des personnes vulnérables.

Le jury n'est pas favorable à la fermeture des locaux.

Les dispositifs de surveillance électronique doivent être considérés comme un pis-aller.

La contention enfin qui est une atteinte à la liberté inaliénable d'aller et venir doit être très strictement encadrée. La contention systématique est interdite. Elle doit être utilisée de manière exceptionnelle, réduite aux situations d'urgence médicales et obéir à un protocole précis :

- recherche préalable systématique d'alternatives ;
- prescription médicale obligatoire en temps réel, après avoir apprécié le danger pour la personne et pour les tiers, et motivation écrite dans le dossier médical ;
- déclaration dans un registre consultable dans l'établissement ;
- surveillance programmée, mise en œuvre et retranscrite dans le dossier de soins infirmiers ;
- information de la personne et de ses proches ;
- vérification de la préservation de l'intimité et de la dignité ;

- réévaluation toutes les trois heures au plus, avec nouvelle prescription en cas de renouvellement et nouvelle recherche d'alternatives.

II. Conditions d'application de la restriction de la liberté d'aller et venir

Toute restriction de la liberté d'aller et venir n'est envisageable que si le bénéfice l'emporte sur les risques éventuels induits par le maintien de cette liberté.

La personne accueillie doit être informée des conditions d'exercice de la liberté d'aller et venir et des restrictions liées à la sécurité et aux contraintes de la vie collectives. Son exercice individuel de cette liberté doit être soutenu et son consentement doit être systématiquement recherché en cas de restriction.

Pour l'équipe les mesures de confinement doivent faire l'objet d'un protocole précis.

Question 4. Comment concilier d'éventuelles restrictions à la liberté d'aller et venir en établissement sanitaire et médico-sociaux et le droit à la vie privée ?

Deux principes directeurs :

- Chacun a le droit au respect de sa vie privée et la vie collective en établissement comme le mode de délivrance des soins ne doivent pas faire obstacle à ce droit.

- La recherche du consentement sous toutes ces formes constitue un principe absolu du respect de toutes les composantes de la vie privée.

L'exercice d'une vie personnelle doit être favorisée et les convictions politiques, religieuses ou philosophiques doivent être respectées. La personne doit bénéficier d'un espace privatif, qui doit être considéré comme son domicile, avec la possibilité d'y exercer les actes essentiels de la vie courante.

Le respect de la vie privée doit inspirer les modes d'organisation, les configurations architecturales, les règlements internes, les modes d'intervention des professionnels et ce dans le souci de parvenir au plein épanouissement de la personne dans sa vie quotidienne au sein de l'établissement.

Question 5. Quelles sont les attentes et les responsabilités des usagers et de leur entourage sur le dilemme entre la liberté d'aller et venir et les obligations de soins et de sécurité dans les établissements ?

Le projet individuel de la personne accueillie doit préciser le développement ou la préservation de la liberté d'aller et venir. La famille y est associée pour favoriser encore l'exercice de cette liberté. Le règlement intérieur, s'il prévoit exceptionnellement des restrictions, doit impérativement poser comme principe la liberté fondamentale des usagers d'aller et venir. Il doit être communiqué à l'usager dès son arrivée.

Des procédures doivent permettre une expression propre de l'usager, que ce soit en cas de conflit avec sa famille ou avec l'équipe de l'établissement. Dans tous les cas d'admission forcée, toute personne intéressée peut porter le conflit devant le juge.

Des procédures doivent en outre permettre aux usagers ou à leur représentant de saisir les autorités de contrôle locales d'un recours en cas de restriction abusive de liberté.

III – Enjeux et pratiques actuelles

L'analyse du cadre juridique apprend que l'emploi de mesures restrictives et *a fortiori* privatives de liberté d'aller et venir sont illégales, sauf exception. Or ces mesures sont de fait utilisées par les professionnels pour entraver la liberté de mouvement et de circulation des personnes âgées dépendantes. Ils craignent en effet de voir leur responsabilité engagée en cas de dommage pour la personne accueillie.

Le rôle de la famille est ambivalent en ce domaine. Pour diverses raisons d'ordre affectif (angoisse, culpabilité), les membres de la famille de la personne accueillie ont une exigence de sécurité très forte vis-à-vis de l'établissement. Ils n'assument pas pour autant la limitation de la liberté de leur aîné qu'ils induisent en partie par leur comportement dans toute l'épaisseur de sa réalité puisque les membres du personnel des établissements s'efforcent souvent de cacher les aspects les plus crus de cette limitation (emploi de moyen de contention discrets, voire détachage du vieillard lors des visites).

Les premiers intéressés, les vieillards concernés par les mesures, semblent plutôt opposés au traitement qu'on leur inflige. Une étude de la DREES révèle ainsi que la première maltraitance dont se plaignent les personnes âgées est le non respect de leur autonomie, dont la liberté de mouvement est une composante⁶³.

Au titre des modes de limitation de la liberté de mouvement et de déplacement, on peut citer l'accompagnement humain, la fermeture des portes, la vidéosurveillance, le bracelet électronique et la contention physique⁶⁴. Il convient pour chacune de ces mesures de déterminer l'atteinte à l'individu qu'elle implique et les questions qu'elle soulève.

La contention physique est à part en ce qu'elle implique en principe une prescription médicale.

A) La surveillance humaine

Ce mode de contrôle de la liberté d'aller et venir est recommandé par le jury de la conférence de consensus de 2004 et a la faveur de l'ANESM dans sa recommandation de février 2009 sur l'accompagnement des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer ou apparentée dans les établissements médico-sociaux.

Il consiste à confier à une personne physique la fonction de filtrer les allées et venues des personnes âgées accueillies. Une présence humaine est prévue à la porte de l'établissement. La personne dont on veut restreindre la liberté de circuler peut ainsi engager un dialogue avec un interlocuteur et se faire expliciter les raisons de son confinement.

Si le résident désire sortir malgré tout, il est préconisé d'accompagner sa déambulation afin de tenter de comprendre son attitude, de donner un sens à son déplacement.

⁶³ Thomas (H.), Scodellaro (C.), Dupré-Lévêque (D.), « Perceptions et réactions des personnes âgées aux comportements maltraitants : une enquête qualitative », DREES, Études et Résultats, n° 370, janvier 2005.

⁶⁴ Conférence de consensus sur la liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux, et obligation de soins et de sécurité, préc. ; Recommandation de l'ANESM sur l'accompagnement des personnes atteintes d'une maladie d'Alzheimer ou apparentée en établissement médico-social, février 2009.

Cette solution respectueuse de la liberté d'aller et venir des personnes âgées dépendantes hébergées est cependant peu pratiquée dans la mesure où elle réclame des moyens humains importants et un environnement favorable.

B) La fermeture des portes

La fermeture des portes à clé ou à l'aide d'un digicode, couplée avec l'interdiction de sortir, est une pratique fréquente en EHPAD, notamment dans les établissements destinés à l'accueil des personnes âgées démentes. Ceci est confirmé par les chiffres de l'enquête « Handicap, incapacités, dépendance » réalisée par l'INSEE de 1998 à 2001 d'après laquelle sur les 660 000 personnes hébergées en établissement, environ 120 000 n'avaient pas le droit de sortir et 101 000 ne sortaient en aucun cas.

En principe, le fait d'enfermer un individu, de le détenir, affecte son droit à la sûreté défendu à l'article 66 de la Constitution française et garanti par l'article 5 de la Convention EDH. La sûreté est effectivement impliquée dès lors que la mesure concernée permet de s'assurer physiquement de la personne et entraîne la suppression de la liberté d'aller et venir. C'est le cas de l'enfermement.

Le confinement dans l'établissement se pratique néanmoins à divers degrés et l'étendue de l'atteinte à la liberté de circuler varie en fonction.

S'agissant du confinement de la personne âgée dans sa chambre, cette pratique constitue sans contestation une atteinte à sa liberté individuelle, mettant en cause son droit à la sûreté. Du fait de l'isolement qu'elle implique, cette mesure est en outre plus mal ressentie par la personne concernée qu'une mesure d'enfermement collectif.

Le confinement des personnes âgées hébergées dans une partie de l'établissement, compte tenu de la privation de liberté d'aller et venir qu'il entraîne, relève pareillement des règles relatives au droit à la sûreté.

Il est en revanche plus difficile de classer le confinement de la personne âgée dans l'enceinte de l'établissement. Plusieurs facteurs peuvent faire basculer la limitation de liberté qui en résulte dans la catégorie des restrictions à la liberté d'aller et venir. L'existence d'un espace extérieur suffisant dans lequel la personne âgée peut librement circuler en est un premier. La personne recouvre à ce moment là une certaine liberté de mouvement. La limitation de la liberté demeure toutefois quelque soit l'étendue du parc de l'établissement. Cette limitation couplée avec la durée de l'enfermement, parfois plusieurs années, peut tout de même affecter le droit à la sûreté de l'individu.

Ex : Le maintien d'un étranger en zone de transit qui n'entraîne pas un degré de contrainte comparable à celui qui résulterait de son placement dans un centre de rétention, a pour conséquence néanmoins d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée (Cons. const., déc. n° 92-307 DC, 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France).

Un facteur déterminant dans le degré de l'atteinte à la liberté d'aller et venir de la personne âgée confinée dans l'établissement est la possibilité pour elle de garder des contacts avec l'extérieur. Lorsque l'établissement ferme ses portes, ce sont les moyens qu'il met en œuvre pour préserver le lien social de la personne âgée, à travers des visites, des excursions, la faculté d'aller en ville faire ses courses, ...etc., qui font la différence entre l'implication de la sûreté de la personne et la seule

limitation de sa liberté d'aller et venir.

Ex : La Cour EDH a considéré que le placement dans un foyer médicalisé d'une personne âgée en état de grave abandon pouvant jouir de toute sa liberté de mouvement et entretenir des relations sociales avec le monde extérieur ne constituait pas une privation de liberté au sens de l'article 5 de la Conv. EDH (CEDH, 26 février 2002, n° 39187/98, § 45-48, H. M. c/ Suisse).

C) La vidéosurveillance

L'utilisation de moyen de surveillance électronique, et notamment l'installation de cameras, commence à se développer au sein des établissements d'hébergement. Les recommandations de bonnes conduites font un accueil réservé à ce nouveau mode de contrôle de la liberté d'aller et venir. L'ANESM met en garde contre une utilisation à des fins de surveillance individuelle. Le jury de la conférence de consensus sur la liberté d'aller et venir de 2004 qualifie cette méthode de surveillance de « pis-aller ».

La vidéosurveillance affecte plusieurs droits et libertés de la personne qui en est l'objet. Elle affecte évidemment son droit à l'intimité de la vie privé⁶⁵, son droit à l'image⁶⁶, mais également sa liberté d'aller et venir. Lorsque les systèmes de vidéosurveillance dans les voies et lieux ouverts au public ont été mis en place en 1995, le Conseil constitutionnel a estimé qu'ils mettaient en cause la liberté d'aller et venir⁶⁷.

Le degré de contrainte résultant de l'utilisation d'une surveillance vidéo rattache *a priori* ce mode de contrôle de la liberté des résidents âgés aux simples restrictions à la liberté d'aller et venir garantie par l'article 4 de la DDHC de 1789 et par l'article 2 du protocole n° 4 de la Conv. EDH. Le Conseil constitutionnel tient néanmoins compte des effets potentiels d'une mesure coercitive pour déterminer en dernier ressort si elle affecte la liberté individuelle au-delà de la seule liberté d'aller et venir. Il a ainsi considéré que les contrôles d'identité qui affectent en principe la liberté d'aller et venir portent atteinte à la liberté individuelle dans la mesure où ils peuvent potentiellement avoir pour effet la conduite de la personne contrôlée au poste de police⁶⁸.

Un raisonnement équivalent pourrait être tenu au sujet de la vidéosurveillance en EHPAD. Le contrôle qu'elle implique sur la personne a pour effet potentiel de lui interdire de sortir de l'établissement affectant ainsi en réalité la liberté individuelle de l'intéressé. Il existe en effet un lien direct entre la prise d'image par la caméra et la limitation de la liberté de circuler de la personne âgée.

Indépendamment de la question de l'implication de la liberté d'aller et venir, l'installation d'un système de vidéosurveillance à caractère numérique permettant l'enregistrement et la conservation des images sur un support informatique (cas de la plupart des systèmes actuels dans le commerce), obéit aux dispositions de la loi informatique et liberté du 6 janvier 1978 modifiée par la loi du 6 août 2004⁶⁹. Il doit ainsi faire l'objet d'une déclaration préalable à la Commission nationale

⁶⁵ Art. 9 CC, art. 8 de la Convention EDH, art. 17 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques.

⁶⁶ Art. 9 CC.

⁶⁷ Cons. const. n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, Vidéosurveillance, Rec., p. 170.

⁶⁸ Cons. const., déc. n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

⁶⁹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; Loi n° 2004-801 du 6 août 2004.

informatique et libertés (CNIL)⁷⁰. Lors de l’instruction du dossier, les services de la CNIL procèdent aux vérifications suivantes :

- proportionnalité et pertinence du système au regard des finalités recherchées ;
- adéquation entre les fonctions des destinataires des images et les objectifs poursuivis ;
- limitation de la durée de conservation des images à une durée raisonnable ;
- réelle information préalable des salariés et des personnes concernées.

D) Le bracelet électronique

Parmi les nouveaux moyens de surveillance électronique, le bracelet « anti-fugue » doit également être cité. Une puce est sertie dans un bracelet attaché au bras du résident, cousue dans une doublure de son vêtement ou implantée dans la semelle d’une de ses chaussures et provoque un avertissement sonore dès qu’il emprunte une issue équipée d’un portique de détection.

Le bracelet électronique met en cause, comme la vidéosurveillance, le droit à l’intimité de la personne âgée.

Il affecte également sa liberté d’aller et venir. La classification de ce mode de contrôle dans les mesures restrictives de liberté affectant seulement la liberté d’aller et venir ou dans celles privatives de liberté impliquant la liberté individuelle ou sûreté de la personne se prête à un raisonnement équivalent à celui conduit pour la vidéosurveillance. Le bracelet électronique constitue à première vue une simple limitation de la liberté d’aller et venir, mais le lien direct existant entre son activation et la privation de liberté de la personne âgée pourrait le faire basculer dans le champ de la liberté individuelle.

La Commission Nationale Informatique et Libertés met enfin en garde contre le risque d’atteinte à la dignité qui pourrait résulter d’une utilisation irréfléchie d’une telle technique. Dans son rapport de 2008, elle évoque en effet le développement de ce dispositif de surveillance à l’égard des personnes âgées atteintes de la maladie d’Alzheimer⁷¹. Elle a d’ailleurs lancé à cette occasion une réflexion sur le thème de la surveillance des personnes vulnérables.

L’utilisation du bracelet électronique interroge car elle offre la possibilité d’élargir le périmètre de déambulation de la personne le portant. Ainsi les équipes se demandent s’il vaut mieux enfermer la personne dans l’établissement ou laisser les portes ouvertes avec un contrôle des allées et venues des personnes accueillies grâce à cette technique ?

Si l’utilisation d’un bracelet « anti-fuite » paraît une solution plus humaine de prime abord, elle n’est pourtant pas d’une totale innocuité. Pour commencer, un élargissement du périmètre de déambulation d’une personne ne saurait être assimilé à de la liberté au sens strict du terme. Cette mesure n’apporte pas de liberté. Les contraintes qu’elle implique prennent simplement une forme différente de l’enfermement pur et simple, mais le résultat est équivalent : la liberté d’aller et venir de la personne est restreinte, voire supprimée. Le bracelet électronique est utilisé de cette façon sur les condamnés comme peine alternative à la prison. Cette mesure est et demeure avant tout coercitive.

⁷⁰ CNIL, Vidéosurveillance et garantie des droits individuels, Note sur les difficultés d’application des règles relatives à la vidéosurveillance, À l’attention de Madame Michèle Alliot-Marie, ministre de l’Intérieur, de l’Outre-mer et des Collectivités territoriales.

⁷¹ CNIL, Conférence de presse du 16 mai 2008, Présentation du 28^e rapport d’activité 2007.

Le recours au bracelet est ensuite extrêmement perturbant au plan psychologique pour la personne qui en est affublée. La personne porte elle-même le signe de son enfermement, alors qu'elle est déjà coupée de la réalité du fait de sa perte de repère. « Vous portez vous-même les grilles qui vous enferment. On n'est pas en prison, on est la prison »⁷². En outre, pour une personne souffrant d'un déficit cognitif, une porte ouverte doit pouvoir être franchie sans ambiguïté. L'interdiction de franchir une porte ouverte est une abstraction bien au dessus de ses capacités d'intégration cognitives⁷³.

D'un point de vue sécuritaire, le bracelet électronique induit enfin un sentiment de sécurité trompeur. Il ne saurait remplacer une présence humaine⁷⁴.

À titre de comparaison, le bracelet électronique est utilisé en matière pénale comme alternative à une peine d'emprisonnement ou comme mesure de sûreté dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire. Il s'applique ainsi à des individus condamnés à des peines privatives de liberté pour crime ou délit. La décision du placement émane toujours d'un juge et l'utilisation du bracelet est strictement réglementée.

- Le bracelet électronique comme alternative à une peine d'emprisonnement⁷⁵

Le juge de l'application des peines peut décider de placer un condamné sous surveillance électronique si la peine de ce dernier n'excède par un an d'emprisonnement ou si la durée de la peine restant à subir n'excède pas un an. Le placement sous surveillance électronique requière le consentement du condamné donné en présence de son avocat.

Le contrôle de l'exécution de la mesure est assuré au moyen d'un procédé permettant de détecter à distance la présence ou l'absence du condamné d'un lieu désigné par le juge, en général le domicile du condamné. La mise en œuvre de ce procédé peut conduire à imposer à la personne le port d'un bracelet comportant un émetteur. Le procédé utilisé est homologué par le ministre de la justice et sa mise en œuvre doit garantir le respect de la dignité, de l'intégrité et de la vie privée de la personne.

Le juge de l'application des peines peut à tout moment désigner un médecin afin que celui-ci vérifie que le procédé de surveillance électronique ne présente pas d'inconvénient pour la santé du condamné. La désignation est de droit si le condamné en fait la demande.

- Le bracelet électronique comme mesure de sûreté dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire⁷⁶

La juridiction de jugement peut assortir la peine d'un suivi socio-judiciaire qui implique pour le condamné de se soumettre à des mesures de surveillance et d'assistance destinées à prévenir la récidive. Ce suivi peut comprendre, à titre de mesure de sûreté, le placement du condamné sous surveillance électronique mobile. Ce placement ne peut toutefois être ordonné qu'à l'encontre des individus majeurs condamnés à une peine privative de liberté d'une durée supérieure ou égale à 7

⁷² M. Billé, p. 64, *in* Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux et obligation de soins et de sécurité, D. Causse (coord.), éd. ENSP, 2006, 320 p.

⁷³ L. Ploton, p. 133, *in* Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux et obligation de soins et de sécurité, préc.

⁷⁴ *Ibid.* ; dans le même sens CNIL, rapport d'activité 2007, préc., : la Commission dénonce un risque de désresponsabilisation des acteurs concernés.

⁷⁵ Art. 723-7 et s. CPP.

⁷⁶ Art. 131-36-9 CP.

ans et dont une expertise médicale a constaté la dangerosité. La mesure doit apparaître indispensable pour prévenir la récidive à compter du jour où la privation de liberté prend fin.

Le placement sous surveillance électronique mobile requière le consentement du condamné. Un refus l'expose toutefois à un emprisonnement.

E) La contention physique

« La contention physique, dite passive, se caractérise par l'utilisation de tous moyens, méthodes, matériels ou vêtements qui empêchent ou limitent les capacités de mobilisation volontaire de tout ou partie du corps, dans le seul but d'obtenir la sécurité pour une personne âgée qui présente un comportement dangereux ou inadapté »⁷⁷. La contention est couramment utilisée, souvent sans prescription médicale, dans les EHPAD comme moyen de limitation de la liberté de mouvement des résidents (prévalence de 19 à 84, 6 % en établissements de long séjour pour personnes âgées). Son utilisation est motivée par la volonté de prévenir les chutes des personnes accueillies, de contenir leur agitation ou encore de limiter leur déambulation.

Le recours à ce mode de coercition n'est pourtant pas sans danger. La contention a souvent pour résultat d'aggraver le risque qu'elle est censée pallier. Elle engendre de cette manière un risque accru de chutes graves chez les personnes auxquelles elle s'applique. Elle est en outre elle-même un facteur d'accidents, parfois mortels. Les personnes mortes étranglées après avoir glissé entre la barrière de lit et le matelas en tentant de descendre du lit en sont un exemple.

La contention a des répercussions physiques et mentales importantes sur le sujet qui en est l'objet. Outre le fait d'être un facteur de chutes graves, elle favorise les infections nosocomiales, les escarres, la grabatisation, la perte d'autonomie. Elle est même à l'origine d'une mortalité accrue des personnes qui y sont soumises. Du point de vue psychologique, elle engendre de l'agitation, de la confusion chez la personne concernée et favorise la dépression.

Le ressenti des équipes soignantes à l'égard de cette technique est lui-même pénible. La contention engendre des questions éthiques au sein des équipes, avec remise en cause de l'idéal soignant. Sa conciliation avec le respect de l'autonomie et de la dignité de la personne âgée s'avère en effet difficile pour les soignants.

L'Anaes a réalisé une évaluation des pratiques professionnelles en ce domaine à la demande de la Direction générale de la santé. Elle a rendu son rapport en octobre 2000, accompagné de recommandations de bonnes pratiques pour les professionnels. Compte tenu de l'absence d'efficacité scientifiquement prouvée de la contention physique et de la gravité de ses conséquences, son utilisation doit être considérablement réduite. Si elle s'avère nécessaire, l'équipe doit alors observer certaines pratiques destinées à en améliorer la sécurité d'utilisation.

Le jury de la conférence de consensus sur la liberté d'aller et venir de 2004 a également rendu des recommandations à ce sujet⁷⁸.

⁷⁷ ANAES, Limiter les risques de contention physique de la personne âgée, octobre 2000.

⁷⁸ *infra*, p. 21-22.

Référentiel de pratique pour la contention de l'Anaes :

Critère 1 : la contention est réalisée sur prescription médicale. Elle est motivée dans le dossier du patient.

Critère 2 : la prescription est faite après l'appréciation du rapport bénéfice/risque pour le sujet âgé par l'équipe pluridisciplinaire.

Critère 3 : une surveillance est programmée et retranscrite dans le dossier du patient. Elle prévient les risques liés à l'immobilisation et prévoit notamment les soins d'hygiène, la nutrition, l'hydratation et l'accompagnement psychologique.

Critère 4 : la personne âgée et ses proches sont informés des raisons et buts de la contention. Leur consentement et leur participation sont recherchés.

Critère 5 : le matériel de contention sélectionné est approprié aux besoins du patient. Il présente des garanties de sécurité et de confort pour la personne âgée.

Dans le cas de contention au lit, le matériel est fixé sur les parties fixes, au sommier ou au cadre du lit, jamais au matelas ni au barrières.

Dans le cas d'un lit réglable, les contentions sont fixées aux parties du lit qui bougent avec le patient.

En cas de contention en position allongée, les risques liés aux régurgitations et aux escarres sont prévenus.

Critère 6 : l'installation de la personne âgée préserve son intimité et sa dignité.

Critère 7 : selon son état de santé, la personne âgée est sollicitée pour effectuer des activités de la vie quotidienne et maintenir son état fonctionnel. La contention est levée aussi souvent que possible.

Critère 8 : des activités, selon son état, lui sont proposées pour assurer son confort psychologique.

Critère 9 : une évaluation de l'état de santé du sujet âgé et des conséquences de la contention est réalisée au moins toutes les 24 heures et retranscrite dans le dossier du patient.

Critère 10 : la contention est reconduite, si nécessaire et après réévaluation, par une prescription médicale motivée toutes les 24 heures.

D'un point de vue juridique, la contention constitue l'atteinte ultime à la liberté d'aller et venir. Elle est une privation totale de la liberté de se mouvoir. Plus grave que l'enfermement, elle affecte sans conteste la sûreté individuelle garantie notamment par l'article 5 de la Convention EDH et par l'article 66 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

De par ses modalités de mise en œuvre, elle recèle de plus une forme d'agression à laquelle le droit est sensible. Elle constitue en effet une atteinte à l'intégrité physique des personnes auxquelles elle s'applique sanctionnée par la jurisprudence au titre des violences volontaires sur personne vulnérable ayant entraîné une incapacité totale de travail inférieure ou égale à 8 jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail (art. 222-13 CP), voire des violences habituelles sur personne vulnérable (art. 222-14 CP). Les décisions de justice de condamnation concernaient des contentions systématiques sans prescription médicale utilisées dans un but de convenance de l'équipe soignante⁷⁹.

Pour conclure, une distinction doit être faite entre les mesures limitatives de liberté collectives et individuelles. Soumettre l'ensemble du groupe à une mesure coercitive, telle la fermeture de l'enceinte de l'établissement, en intégrant ce fait dans le projet d'établissement avec l'accompagnement nécessaire, n'a pas le même sens que frapper un individu spécifiquement. Le caractère individuel d'une mesure s'accompagne bien souvent d'une gravité accrue de l'atteinte à l'individu. Le confinement dans la chambre et le bracelet électronique ont un caractère carcéral. La contention physique porte atteinte à la fois à la liberté et à l'intégrité de la personne. L'ANESM recommande de ce fait que l'emploi de mesures spécifiques individualisées de limitations de la liberté d'aller et venir demeure exceptionnel⁸⁰.

⁷⁹ *infra* p. 17.

⁸⁰ ANESM, « L'accompagnement des personnes atteintes d'une maladie d'Alzheimer ou apparentée en établissement médico-social, préc.

IV – Perspectives

Un projet de réforme visant à doter le directeur d'un EHPAD du pouvoir de prendre des mesures destinées à garantir la sécurité des personnes accueillies, c'est-à-dire de lui donner la faculté de restreindre leur liberté d'aller et venir, est actuellement à l'étude. Cette réforme est couramment présentée comme comblant le vide juridique entourant les restrictions actuelles à la liberté d'aller et venir en EHPAD. Il n'y a pas de vide juridique en l'occurrence. En l'absence de réglementation particulière, c'est le principe de liberté qui est censé prévaloir. Une loi n'aurait ainsi pas pour résultat de combler un quelconque vide, mais de donner une assise juridique à des mesures limitatives de liberté actuellement illégales. Il n'est pas question de critiquer l'emploi de telles mesures qui peut s'avérer nécessaire en pratique, mais de replacer ce projet de réforme dans le cadre juridique existant. L'enjeu est de savoir s'il faut légaliser les mesures limitatives de liberté d'aller et venir dont les personnes âgées dépendantes font l'objet en établissement d'hébergement et de leur fournir un cadre juridique ?

La question est redoutable : une légalisation de la limitation de la liberté d'aller et venir des personnes âgées hébergées ne va-t-elle pas encourager ce genre de pratiques qui demeurent attentatoire à une liberté fondamentale de l'être humain ? Mais est-il plus judicieux de laisser les familles et les professionnels sans directives légales précises s'agissant du contrôle de la liberté des personnes âgées malades et désorientées, avec le risque d'arbitraire que cela comporte ?

Quoi qu'il en soit, une législation portant atteinte à la liberté fondamentale d'aller et venir doit présenter des garanties pour être conforme aux exigences posées par les traités internationaux proclamant cette liberté (A). Or les garanties offertes par le projet actuel apparaissent bien insuffisantes pour se prémunir contre le risque d'arbitraire (B).

A) Étendue des pouvoirs du directeur et conformité de la future loi aux traités internationaux garantissant la liberté d'aller et venir

L'étendue des pouvoirs qui seraient confiés au directeur d'EHPAD demeure inconnue. Le projet évoque la possibilité pour le directeur de sécuriser les issues de tout ou partie de l'établissement, de prévoir que les résidents soient accompagnés par des personnes intervenants au sein de l'établissement pour sortir et d'interdire l'accès de certaines parties de l'établissement. La nature des mesures qu'il pourrait employer pour parvenir à ces fins n'est pas plus précisée.

L'importance de l'atteinte à la liberté de mouvement résultant de la réforme déterminera quel droit est affecté. Suivant le degré de contrainte, il s'agira d'une loi prévoyant des mesures restrictives de liberté impliquant simplement la liberté d'aller et venir ou bien mettant en œuvre des mesures privatives de liberté affectant le droit à la sûreté de la personne concernée.

Ex : Le fait de donner au directeur le pouvoir d'interdire définitivement à la personne hébergée de sortir de l'établissement et d'ordonner à cette fin des mesures de confinement de l'intéressé dans sa chambre ou dans une partie de l'établissement fera entrer le projet de réforme dans le champ de la sûreté.

Ex : Si le pouvoir du directeur se borne à la faculté de sécuriser les issues de l'établissement à charge pour lui d'assurer un maintien du lien social de la personne âgée avec l'extérieur par des sorties accompagnées, les mesures mises en œuvre dans ce but pourront au contraire être

apparentées aux mesures restrictives de liberté touchant la liberté d'aller et venir.

Cette distinction a son importance car les exigences de garanties posées par les traités ne sont pas les mêmes suivant le droit affecté.

Hypothèse 1 : Le directeur a le pouvoir de s'assurer physiquement de la personne âgée.

Le projet de réforme devra être conforme aux exigences de garanties très strictes posées par l'article 5 de la Conv. EDH. Le législateur se heurtera à une première difficulté liée au fait que la liste des exceptions prévues par l'article 5 dans lesquelles une personne peut être privée de sa liberté est exhaustive et d'interprétation stricte. Les exceptions tenant à une vulnérabilité intrinsèque du sujet sont réduites. Une personne peut ainsi être privée de liberté parce qu'elle est susceptible de propager une maladie contagieuse, parce qu'elle est aliénée, alcoolique, toxicomane ou un vagabond.

Pour être valable au regard de la Convention EDH, la réforme devra s'assurer que seules les personnes âgées profondément démentes, dont la situation est assimilable à celle d'un aliéné, seront concernées par les mesures privatives de liberté. Une personne est considérée comme aliénée au sens de l'article 5 de la Convention EDH sous trois conditions : l'établissement de l'aliénation de manière probante, l'existence d'un trouble d'un caractère et d'une ampleur justifiant l'internement et la persistance du trouble.

La mise en œuvre des mesures privatives de liberté doit ensuite répondre aux exigences de régularité énoncées aux §2, 3 et 4 de l'article 5. L'information de la personne âgée des raisons de sa privation de liberté devra être prévue (§2).

Elle devrait pouvoir exiger d'être traduite immédiatement devant un juge (§3). Appliqué strictement, le droit à la sûreté implique que toute détention suppose un jugement préalable. Ce n'est toutefois pas toujours le cas. L'internement des malades mentaux résulte aujourd'hui encore d'une décision administrative.

La personne âgée privée de liberté doit pouvoir introduire un recours devant un juge afin qu'il statue sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale (§4). Une telle possibilité est ouverte par le projet de réforme, puisque l'intéressé, la personne de confiance, son protecteur légal ou un membre de son entourage peut se pourvoir par simple requête devant le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance du lieu de situation de l'établissement aux fins d'obtenir la levée de la mesure.

En cas de non respect de ces dispositions, le §5 de l'article 5 ouvre un droit à réparation pour la personne âgée privée arbitrairement de liberté.

Hypothèse 2 : Le directeur peut seulement restreindre la liberté d'aller et venir de la personne âgée hébergée

Si l'étendue des pouvoirs du directeur d'EHPAD lui permet uniquement de prendre des mesures restrictives de liberté impliquant la liberté d'aller et venir, les exigences de garanties sont beaucoup plus limitées.

Il faut vérifier si la législation faisant exception au principe de la liberté d'aller et venir est justifiée au regard de la sécurité nationale, de la sûreté publique, du maintien de l'ordre public, de la prévention des infractions pénales, de la santé et de la morale ou de la protection des droits et libertés d'autrui (art. 2, Protocole n° 4, Convention EDH ; dans le même sens : art. 12, Pacte des

Nations Unies relatif aux droits civils et politiques).

La question est de savoir si la raison tenant à la sécurité et à la protection de la santé de la personne âgée entre dans le cadre des restrictions de la liberté admises. Or une raison liée à un problème de sécurité et de santé individuelle ne peut se confondre avec une justification tenant à la protection de la santé publique. La protection de la santé justifiant une restriction à la liberté d'aller et venir doit être en effet entendue de manière collective. L'article 12 du Pacte relatif aux droits civils et politiques est plus explicite à ce sujet puisqu'il parle de restrictions nécessaires pour protéger « la santé et la moralité publiques ».

La seule bienveillance ou recherche de la sécurité d'une personne semble une justification bien fragile au regard des traités internationaux pour soumettre des vieilles personnes à des mesures coercitives réservées en principe à des individus qui ont violé la loi ou qui présentent un danger pour la société du fait de leur trouble mental.

B) Des garanties insuffisantes contre le risque d'arbitraire

Le projet de réforme s'inspire fortement de la législation de 1990 sur l'hospitalisation sans leur consentement des personnes atteintes de troubles mentaux, notamment l'hospitalisation à la demande d'un tiers qui ne nécessite pas un risque d'atteinte à l'ordre public pour être prononcée. Un examen révèle pourtant que les garanties contre le risque d'arbitraire qu'il offre sont très inférieures à celle prévues par la loi de 1990.

- Il est en premier lieu gênant que la mesure limitative de liberté d'aller et venir puisse être ordonnée par le directeur de l'établissement où la personne âgée est accueillie. La décision d'hospitaliser une personne dans un service psychiatrique sans son consentement émane toujours d'une personne extérieure.

- La définition des conditions justifiant la limitation de la liberté de la personne âgée hébergée est très insuffisante. La seule référence à des troubles cognitifs, y compris graves, permet difficilement de mesurer la nécessité de la mesure. Ainsi rédigé, un texte serait source d'arbitraire car le public qu'il concerne est mal défini. À titre de comparaison, une hospitalisation à la demande d'un tiers suppose que les troubles de la personne rendent impossibles son consentement et que son état impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier (art. L. 3212-1, 1° et 2°, CSP).

- La durée de la mesure prononcée en vue d'assurer la sécurité de la personne âgée soulève appelle pareillement des remarques. Elle est de 6 mois, puis renouvelable d'année en année. Précisément pour que l'internement ne dure pas abusivement, l'hospitalisation à la demande d'un tiers ne peut être renouvelée que pour une durée d'un mois maximum à chaque fois.

Comment s'assurer dans ces conditions que la nécessité du maintien de la mesure coercitive frappant la personne âgée est vérifiée régulièrement ?

- Le projet de texte n'aborde à aucun endroit les modalités de mainlevée de la mesure limitative de liberté d'aller et venir, si ce n'est à travers la faculté de saisir le juge des libertés et de la détention afin qu'il prononce la fin de la mesure.

- Enfin, les diverses garanties procédurales visant à se prémunir contre les hospitalisations psychiatriques abusives sont totalement absentes du projet. Ni le préfet, ni le procureur de la République ne sont avertis en cas de décision de rétention d'une personne âgée dans son

établissement d'hébergement. De même, aucun organe comparable à la commission départementale des hospitalisations psychiatriques chargée d'examiner la situation des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux au regard du respect des libertés individuelles et de la dignité de la personne, n'est prévu pour contrebalancer le pouvoir de l'institution sur la personne âgée.